



E_____ SA
Rue de Richemont 19
1202 GENEVE

**Partie appelante
Et intimée sur appel incident**

T_____
à NYON

**Partie intimée
et appelante sur appel incident**

La CAISSE DE CHÔMAGE_____
à NYON

**Partie intervenante, autre intimée
et appelante sur appel incident**

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 20 juin 2007

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Jean-Luc SCHEIDEGGER et Bernard PICENNI, juges employeurs

Mme Astrid JACQUOT et M. Francis KOHLER, juges salariés

M. Paolo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 6 février 2007, E_____ SA appelle du jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 3 janvier 2007 et notifié le 5 du même mois, qui l'a condamnée à payer à T_____ la somme brute de 4'089 fr. 60, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 juillet 2006, sous déduction du montant net de 2'361 fr. 55, à payer à la CAISSE DE CHÔMAGE_____ et, pour le surplus, l'a déboutée des fins de sa demande reconventionnelle.

E_____ SA demande, à titre préliminaire, la réouverture d'enquêtes. Principalement, elle conclut à l'annulation du jugement entrepris et à ce que T_____ soit condamnée à lui payer la somme de 18'148 fr. 50, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2006, à titre de dommages-intérêts pour absences injustifiées pendant la durée des relations contractuelles. Subsidiairement, elle demande la réduction du versement total à 1'855 fr. 50 en faveur de la CAISSE DE CHÔMAGE_____ et à l'0'27 fr. 25 en faveur de T_____.

La CAISSE DE CHÔMAGE_____ conclut au rejet de l'appel et à la condamnation de E_____ SA à payer à T_____ le montant brut de 6'389 fr. 70, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} août 2006, à titre de salaire pour le mois de juillet 2006 et indemnité de vacances. Pour le surplus, elle demande qu'il soit constaté que la régie est la débitrice de la CAISSE DE CHÔMAGE_____ pour un montant net de 2'698 fr. 90, en raison de sa subrogation dans les droits de T_____.

T_____ forme appel incident et demande que la somme brute due par E_____ SA soit augmentée à 5'900 fr., avec intérêts à 5% dès le 1^{er} août 2006, correspondant au salaire du mois de juillet 2006, somme à laquelle s'ajoute le montant brut de 454 fr. 05, relatif à 1,67 jour de vacances pour le mois de juillet 2006.

E_____ SA conclut au rejet de l'appel incident formé par T_____ et à l'irrecevabilité de celui de la CAISSE DE CHÔMAGE_____.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour:

- a. E_____ SA est une société anonyme dont le but consiste en opérations en rapport avec la construction, l'achat, la vente et la gérance d'objets immobiliers, ainsi que le courtage. Son siège est à Genève.
- b. T_____ a été engagée avec effet au 1^{er} juin 2002 par E_____ SA, en qualité d'assistante au service technique.

Son dernier salaire mensuel brut s'est élevé à 5'900 fr. Il sera revenu sur ce point, contesté par E_____ SA, dans la partie "en droit". Son contrat de travail prévoyait

en outre quatre semaines de vacances par année, et un préavis de deux mois pour la fin d'un mois en cas de résiliation.

- c. En date du 14 mars 2006, T_____ a indiqué à son employeur son intention de prendre ses vacances du 27 juillet au 4 août 2006.
- d. Le 13 avril 2006, E_____ SA et T_____ se sont entretenues au sujet de l'avenir professionnel de cette dernière. Par courrier du 27 avril 2006, se référant à l'entretien du 13 avril 2006, E_____ SA a licencié T_____ avec effet au 30 juin 2006 pour des motifs de restructuration de service.
- e. Le lundi 15 mai 2006, T_____ a informé E_____ SA qu'elle était incapable de travailler en raison d'une insolation survenue la veille.

Elle a repris son activité le 16 mai 2006.
- f. En date du 23 juin 2006, E_____ SA a établi une attestation d'employeur sur laquelle elle a mentionné que T_____ avait été en incapacité de travail pour maladie le 15 mai 2006.

Par lettre du 29 juin 2006, E_____ SA a expliqué à la CAISSE DE CHÔMAGE_____ que le licenciement de son employée avait été rendu nécessaire par le transfert à sa succursale de Lausanne de la gestion des dossiers techniques dont s'occupait T_____. Ce nouveau poste n'avait pu lui être proposé, dès lors qu'elle n'avait pas de connaissance des rues et bâtiments de la ville de Lausanne ni les connaissances techniques lui permettant d'assumer seule la gestion d'une succursale.

- g. Le 1^{er} juillet 2006, lors d'un entretien téléphonique, la CAISSE DE CHÔMAGE_____ a informé T_____ du fait que son délai de congé était reporté au 31 juillet 2006, dans la mesure où elle avait été malade le 15 mai 2006.

Par pli du même jour, T_____ a transmis cette information à E_____ SA. Elle a précisé que la CAISSE DE CHÔMAGE_____ refusait de lui verser des indemnités dans la mesure où la régie était tenue de lui verser son salaire jusqu'à cette échéance.

- h. Par lettre recommandée du 7 juillet 2006, E_____ SA a contesté devoir payer le salaire du mois de juillet à T_____. Elle a demandé à la CAISSE DE CHÔMAGE_____ de rectifier l'attestation d'employeur en supprimant la mention de "maladie" s'agissant de l'absence de son employée du 15 mai 2006 qu'elle considérait comme injustifiée. Elle a précisé que son employée s'était fautivement exposée au soleil la veille d'un jour de travail; elle n'avait, par ailleurs, fourni aucun certificat médical attestant de son incapacité de travail.
- i. Par pli du 11 juillet 2006 envoyé à E_____ SA, T_____, par l'intermédiaire du syndicat de la CAISSE DE CHÔMAGE_____, a réaffirmé qu'elle avait été

malade en date du 15 mai 2006, ce qui repoussait son délai de congé au 31 juillet 2006. Elle lui a réclamé le paiement de son salaire du mois de juillet et précisé qu'elle se tenait à sa disposition pour reprendre son poste de travail.

Les deux administrateurs gérants de E_____ SA n'ont pris connaissance du courrier susmentionné qu'à leur retour de vacances le 17 juillet 2006. Le 20 juillet 2006, la régie a réitéré son refus de payer le salaire dans la mesure où elle considérait que T_____ n'avait pas établi l'existence d'une incapacité de travail pour maladie non fautive le 15 mai 2006.

- j. Par lettre signature du 21 juillet 2006, E_____ SA a adressé à la CAISSE DE CHÔMAGE_____ une nouvelle attestation d'employeur rectifiée dans laquelle elle indiquait que T_____ ne s'était pas trouvée en incapacité de travail pendant son délai de congé.
- k. Selon des décomptes établis par E_____ SA, T_____ a subi des incapacités de travail pour maladie ou accident attestées par un certificat médical de 19.5 jours en 2003, 6 jours en 2004, 6 jours en 2005, et 20 jours en 2006. Elle a été absente pour maladie non attestée par un certificat médical pour 2.5 jours en 2002, 5.5 jours en 2003, 4 jours en 2004, 7.5 jours en 2005 et 5.5 jours en 2006. Selon les relevés de E_____ SA, cette dernière a payé à T_____ la somme de 2'549 fr. 03, correspondant aux frais d'essence de T_____ entre le 26 février 2004 et le 22 juin 2006.
- l. Pour la période du 1^{er} au 31 juillet 2006, T_____ a perçu seize indemnités journalières brutes de l'assurance chômage, de 183 fr. 85 chacune, soit 2'941 fr. 60 brut au total, correspondant à 2'698 fr. 90 net.

Elle a retrouvé du travail à compter du 1^{er} août 2006.

- C.a. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 juillet 2006, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de 6'354 fr. 05 (composé de 5'900 fr. à titre de salaire du mois de juillet 2006 et de 454 fr. 05 à titre d'indemnité pour les vacances afférentes à ce mois).

La CAISSE DE CHÔMAGE_____ a déclaré intervenir à la procédure en vertu de sa subrogation légale dans les droits de T_____ à hauteur de 2'698 fr. 90 net, correspondant aux indemnités versées au mois de juillet 2006.

E_____ SA a conclu au déboutement de T_____ et, reconventionnellement, à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer 18'148 fr. 50, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2003, à titre de dommages-intérêts pour absences non justifiées.

Lors de l'audience du 16 octobre 2006, T_____ a amplifié ses conclusions et réclamé 5'208 fr. brut à titre de remboursement des frais encourus pour la mise à disposition de son véhicule personnel du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2006. Elle a par ailleurs déclaré qu'elle n'avait pas pris de vacances pendant la période du 27 juillet au 4 août 2006, dès lors qu'elle était restée à son domicile dans l'attente d'un éventuel appel de E_____ SA lui demandant de revenir travailler. Elle a confirmé n'avoir adressé une offre de service que par lettre de la CAISSE DE CHÔMAGE_____ du 11 juillet 2006. Au début du mois de juillet 2006, elle avait toutefois fait part téléphoniquement à A_____, secrétaire au sein du service juridique de E_____ SA, du fait qu'elle était prête à revenir travailler. C'était la CAISSE DE CHÔMAGE_____ qui l'avait informée du fait que son délai de congé était reporté d'un mois du fait de sa maladie.

E_____ SA a contesté la demande additionnelle de T_____. Elle a en outre déclaré qu'elle ne lui avait jamais adressé la moindre remontrance concernant ses nombreuses absences, ni signifié le moindre avertissement.

- b.** Les faits suivants, pertinents pour les points litigieux en appel, ressortent des enquêtes diligentées par les premiers juges:

A la suite d'une journée passée à la piscine, le 14 mai 2006, T_____ ne s'était pas sentie bien (vertiges, vomissements), de sorte qu'elle n'avait pas pu se rendre à son travail le lendemain (témoins B_____, C_____, D_____). L'activité de T_____ consistait à s'occuper des problèmes techniques et administratifs d'un groupe d'immeubles, dans lesquels elle se rendait avec son propre véhicule, ne disposant pas d'un véhicule de fonction (témoins B_____ et D_____). Au sein de la régie, il y avait un système de carte essence, qui permettait à certains collaborateurs de se faire rembourser les frais d'essence (témoin B_____).

A_____, secrétaire au sein du service juridique de E_____ SA depuis 2002, a déclaré avoir eu un entretien téléphonique avec l'employée début juillet 2006, mais elle ne se souvenait pas si celle-ci lui avait déclaré qu'elle était disposée à revenir travailler.

L'usage bien établi au sein de E_____ SA est de n'exiger un certificat médical qu'à partir du troisième jour d'absence, un collaborateur absent pour un temps plus bref n'ayant pas cette obligation. Lors d'entretiens annuels avec T_____, ses problèmes d'absence ont été évoqués, sans toutefois qu'un avertissement lui soit signifié (témoin D_____).

- c.** Le Tribunal a retenu que, le lundi 15 mai 2006, T_____ était dans un tel état qu'elle n'était pas capable de travailler. En raison de la pratique instaurée dans la régie, cette absence ne nécessitait pas de certificat médical et n'était, pour le surplus, pas fautive. C'était donc à raison qu'elle se prévalait de l'art. 336c CO. En revanche, T_____ n'avait valablement offert ses services que par l'envoi, le 11 juillet 2006, de la lettre de la CAISSE DE CHÔMAGE_____, de sorte que la régie ne se trouvait en demeure de lui verser son salaire de juillet 2006 que depuis

le 12 juillet 2006. La CAISSE DE CHÔMAGE_____ n'était ainsi subrogée dans les droits de son assurée que pour les indemnités journalières versées à cette dernière du 12 au 31 juillet 2006.

En outre, le Tribunal a estimé que, compte tenu des nécessaires recherches d'emploi, l'employée n'avait pas été en mesure de prendre les vacances afférentes au mois de juillet 2006, qui devaient donc lui être payées. Il a par ailleurs écarté la demande de cette dernière relative au remboursement des frais encourus pour la mise à disposition de son véhicule personnel au motif que leur estimation était impossible, T_____ n'ayant fourni aucun justificatif.

Le Tribunal a enfin considéré que les absences de T_____ ne constituaient pas une violation des devoirs et obligations contractuels et que l'existence d'un dommage en résultant n'avait pas été établie par l'employeur.

- d. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 21 mai 2006 devant la Cour d'appel, les parties ont persisté dans leurs conclusions. T_____ a précisé que son nouveau contrat de travail devait débiter le 1^{er} septembre 2006. A la mi-juillet 2006, son nouvel employeur l'avait appelée pour lui demander de commencer son nouvel emploi le 1^{er} août 2006 déjà, ce qu'elle avait accepté. Pour le surplus, les arguments des parties en appel seront examinés ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjetés dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après: LJP), l'appel principal et l'appel incident de l'intimée sont recevables.

Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319ss CO. La juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu (art. 24 et 34 al. 1 LFors), Genève étant le lieu du siège de l'intimée et celui où l'appelante exerçait habituellement son activité professionnelle.

- 1.1 En opérant un versement d'indemnités-chômage, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par la caisse (art. 29 al. 2 LACI). A Genève, la Juridiction des prud'hommes est compétente pour statuer sur cette prétention (art. 6 de la Loi en matière de chômage et art. 1 al. 1 let. d LJP).

En l'espèce, l'écriture d'appel de l'intervenante ne mentionne pas l'appel incident dans la page de garde, mais comporte des conclusions tendant à la modification du dispositif du jugement querellé. L'appelante principale a cependant été invitée à

répondre et a répondu aux deux appels incidents. Partant, l'absence, sur la première page du mémoire d'appel, de l'indication d'un appel incident n'a pas porté à conséquence et ne saurait ainsi conduire à l'irrecevabilité de celui-ci.

L'intervenante prend, sous chiffre 1, des conclusions tendant à la constatation que l'appelante principale est la débitrice de l'employée à hauteur de 6'389 fr. 70. Un tel chef de conclusions est irrecevable à plusieurs titres. En premier lieu, un chef de conclusions constatatoires n'est recevable que lorsque des conclusions condamnatoires ne peuvent être prises. Or, l'intervenante peut chiffrer ses prétentions. Par ailleurs, celle-ci ne peut intervenir dans le procès qu'à hauteur des prestations versées. Ces dernières s'élevant, pour la période du 1^{er} au 31 juillet 2006, à 2'698 fr. 90, l'intervention est limitée à ce montant. Il est en outre douteux que l'intervenante puisse faire valoir, comme elle le soutient, les droits de l'intimée à recevoir l'intégralité de son salaire du mois de juillet 2006, plaidant de la sorte par procureur. Le second chef de conclusions tendant à la constatation que l'intervenante a versé la somme de 2'698 fr. 90 à l'intimée est également superfétatoire, puisque l'intervenante peut conclure au paiement par l'employeur de la somme versée. Ainsi, seul le chef de conclusions de l'intervenante tendant à la condamnation de l'appelante à lui verser la somme de 2'698 fr. 90 est recevable.

Pour le surplus, l'appel incident de l'intervenante, interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, est recevable.

2. Chaque partie doit, à défaut de prescriptions contraires, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC, 186 LPC).

L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1; 127 III 519 consid. 2a). Cette répartition du fardeau de la preuve ne régleme toutefois pas l'appréciation des preuves, qui relève de l'intime conviction du juge, auquel l'art. 8 CC n'interdit pas, lorsque les moyens de preuve ordinaires font défaut, de procéder par indices ou de se fonder sur une très grande vraisemblance (BERTOSSA/GAILLARD/ GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi sur la procédure civile genevoise, n. 1 ad art. 186), ou encore sur l'expérience générale de la vie et du cours ordinaire des choses, sorte de présomption naturelle facilitant l'apport de la preuve (ATF 117 II 256 consid. 2b).

3. Les parties contestent le raisonnement du Tribunal en ce qui concerne la situation du mois de juillet 2006.

L'appelante considère que l'incapacité de travail de l'intimée du 15 mai 2006 serait fautive. La suspension du délai de congé pendant l'incapacité de travail d'un jour

de l'intimée ne trouverait pas application dans le cas d'espèce. En effet, vu la signification du congé le 13 avril 2006, l'intimée disposait largement du temps pour la recherche d'emploi. Au mois de juillet 2006, cette dernière aurait d'ailleurs déjà trouvé un travail auprès d'une autre régie. Le Tribunal aurait ainsi dû appliquer la théorie dite du bonus, qui prend en compte les jours supplémentaires compris entre le moment où le licenciement a été donné et le début du délai de congé. Enfin, elle estime que l'intimée ne saurait se prévaloir des dispositions prévoyant la suspension du délai de congé sans commettre un abus de droit, puisqu'elle avait déjà retrouvé un emploi.

L'intimée reproche pour sa part aux premiers juges de ne pas avoir retenu qu'elle avait offert ses services à l'appelante dès le 1^{er} juillet 2006. De plus, la régie aurait de toute façon renoncé à la prestation de travail de l'intimée pendant le mois de juillet 2006. Ainsi, son droit au salaire devrait être retenu pour l'intégralité de ce mois. Ce raisonnement est également partagé par l'intervenante.

- 3.1** Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela, durant nonante jours de la deuxième à la cinquième année de service. Si le congé a été donné avant l'une des périodes de protection prévues à l'art. 336c al. 1 CO et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (al. 2). Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme (al. 3).

S'agissant du caractère fautif de la maladie, la question ne se pose que dans les cas très rares où le travailleur aggrave intentionnellement son état, notamment en refusant de se soumettre à un traitement médical (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., n. 4 ad 324a CO). En ce qui concerne les accidents, il convient d'être très strict pour admettre l'existence d'une faute dans l'exercice d'une activité non professionnelle. Le travailleur ne peut en effet avoir pour préoccupation constante de préserver sa capacité de travail. En vertu de son droit constitutionnel à la liberté personnelle, il doit pouvoir organiser librement sa vie et ses loisirs, même s'il pratique des sports dangereux comme la varappe, le ski, la plongée, l'équitation ou d'autres activités comportant un risque accru d'accident (ATF 122 III 268 consid. 3a = JdT 1997 I p. 336).

Le but de cette disposition est de permettre au travailleur de disposer effectivement de son délai de congé pour lui faciliter la recherche d'un nouvel emploi, sans risquer de voir cette période compromise par une possible maladie. Le début du délai de congé ne court pas dès la réception de la déclaration de résiliation, mais doit être calculé de manière rétroactive depuis l'échéance fixée, même si l'employeur avait pris la précaution de signifier le congé à l'avance et que le travailleur était libre de partir avant l'échéance même s'il trouvait un autre

emploi (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, le contrat de travail, code annoté, Lausanne 2001, n. 2.4 ad art. 336c CO). Ainsi, le temps écoulé entre le début du délai de congé ouvert par la résiliation et le début du mois où commence le délai de congé minimum ne compte pas (ATF 119 II 449 consid. 2a et 3b et les nombreuses références). Cette méthode de calcul, dite rétroactive, est donc appliquée par le Tribunal fédéral et approuvée par la doctrine presque unanime (WYLER, droit du travail, Berne 2002, p. 430; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 14 ad 336c CO ; *contra* WEBER, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, Étude de l'art. 336c CO, Thèse Lausanne 1992, p. 152ss, qui préconise l'application de la méthode dite du bonus).

Un tel mode de calcul implique que même une brève incapacité de travail survenue pendant le délai ainsi calculé entraîne une prolongation du contrat d'une durée d'un mois. Le travailleur n'a pas à apporter la preuve que la protection octroyée par la loi lui est effectivement nécessaire. Les cas d'abus de droit sont toutefois réservés (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.4 ad art. 336c CO; SJ 1995 p. 801; ATF 115 V 437 = JAR 1990 p. 378; JAR 1994 p.196).

Le principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC, s'applique à l'ensemble des domaines du droit, y compris le droit du travail. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur de se prévaloir d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) de la part du travailleur. Les cas typiques d'abus de droit sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire. Afin de déterminer si le travailleur qui invoque la protection de l'art. 336c CO commet un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC, il convient d'examiner dans le cas particulier sur quel intérêt supérieur se fonde la norme en question et quel est le poids de cet intérêt par rapport à la violation du principe de la bonne foi (ATF np 4C.346/2004 du 15 février 2005, consid. 5.3; ATF 129 III 618 consid. 5.2; 129 III 493 consid. 5.1). En relation avec l'art. 336c al. 2 CO, un tribunal zurichois a jugé qu'un employé se prévalant d'une prolongation du délai de congé ne commettait pas d'abus de droit, même si son incapacité de travail était survenue le dernier jour, qui était un jour férié (JAR 1994 p. 214).

C'est au travailleur qu'il appartient d'apporter la preuve de son empêchement de travailler pour cause de maladie ou d'accident. Toutefois, lorsque le contrat de travail, le règlement d'entreprise ou la convention collective de travail n'exige pas la remise d'un certificat médical pendant les premiers jours d'une incapacité de travail, le travailleur est libéré de l'obligation d'apporter la preuve de son incapacité pendant ce temps. Le cas échéant, il appartient dès lors à l'employeur d'apporter la preuve de l'absence d'incapacité de travail du travailleur (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 3 ad 324a CO).

Enfin, s'il entend faire valoir une prétention de salaire pour la période correspondante, le travailleur est tenu d'offrir ses services à l'employeur pour la durée prolongée des rapports de travail. Pour que l'employeur se trouve en

demeure de verser le salaire, l'employé doit avoir offert ses services de manière claire et univoque. Ainsi, une telle offre ne résulte pas déjà du fait que l'employeur doit supposer, sur la base des circonstances, que le travailleur est disposé à fournir sa prestation pendant la durée prolongée des rapports de travail, notamment parce que, sans emploi, il s'est inscrit au chômage (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.8 ad art. 336c CO et les références; ATF 115 V 437; SJ 1993 p. 365).

3.2.1 A titre liminaire, il convient de préciser quel est le salaire brut de l'intimée à prendre en considération.

L'art. 322 al. 1er CO dispose que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Ne fait en principe pas partie du salaire du travailleur le remboursement des frais effectifs imposés par l'exécution du travail (art. 327 et 327a CO). Toutefois, lorsque le remboursement des frais se fait sous forme d'indemnité forfaitaire, il peut constituer un salaire déguisé (ATF 124 III 249 = JT 1999 I 275, arrêt cité in BRUNNER/BUHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 3ème édition, n° 6 ad art. 322 CO).

En l'espèce, les frais de déplacement ont, pendant toute la durée de l'engagement, été payés sous forme d'indemnité forfaitaire et doivent ainsi être considérés comme du salaire déguisé et comme faisant partie intégrante du salaire. Les attestations établies les 23 juin et 21 juillet 2006 par l'employeur mentionnent en outre clairement un salaire mensuel brut de 5'900 fr. Celui-ci n'a par ailleurs pas contesté ce montant et s'est basé sur celui-ci pour déduire ses prétentions reconventionnelles en première instance. En soutenant en seconde instance que le salaire brut de son employée ne s'élevait qu'à 5'700 fr., l'appelante adopte une attitude contradictoire, qui ne mérite pas protection. Les frais de représentation étaient en outre perçus indépendamment de l'activité déployée par l'intimée. Un système de carte d'essence permettaient aux collaborateurs de se faire rembourser pour les frais effectivement engagés.

Les 200 fr. de frais de déplacement font donc partie intégrante du dernier salaire, qui s'est élevé à 5'900 fr. brut par mois.

3.2.2 Il est établi et n'est plus contesté que l'intimée a été victime d'une insolation entraînant une incapacité de travail le 15 mai 2006. Seul reste litigieux le caractère fautif de cette insolation.

Comme exposé sous consid. 3.1 plus haut, la jurisprudence n'admet que restrictivement le caractère fautif de la maladie du travailleur. En l'espèce, on ne saurait reprocher à l'appelante d'avoir profité de son week-end pour aller à la piscine lors d'une journée ensoleillée. Il serait en effet excessif et contraire à la liberté personnelle d'exiger de tous les travailleurs qu'ils ne s'adonnent, dans leur temps libre, à plus aucun loisir comportant un risque de voir leur capacité de travail réduite ou même empêchée. Le Tribunal fédéral ayant dénié le caractère

fautif de l'incapacité de travail de l'employé qui avait pratiqué un sport à risque, il serait donc choquant de reprocher à l'intimée de s'être trop longtemps exposée au soleil et ce, même si elle était fragile et sujette aux coups de soleil, ce qui n'a par ailleurs pas été démontré en l'espèce. L'absence de l'intimée pour cause de maladie le 15 mai 2006 n'a donc pas été causée fautivement par celle-ci.

3.2.3 Il convient ainsi d'examiner si, comme le soutient l'appelante, le fait que le congé a été signifié à l'intimée le 13 avril 2006 déjà - ce qui n'est pas contesté -, devrait permettre à l'employeur de compenser le jour d'absence du 15 mai 2006.

Le délai de congé prévu par le contrat n'a commencé à courir que le 1^{er} mai 2006. Conformément à la théorie rétroactive, exposée en détail ci-dessus et d'ailleurs appliquée par les tribunaux genevois (SJ 1987 p. 557), ces 17 jours supplémentaires ne sauraient compenser le jour d'absence résultant de l'incapacité, non fautive, de travail de l'intimée. Le fait que l'intimée ait été en incapacité de travail pendant un seul jour entraîne tout de même la prolongation du contrat pour une durée d'un mois. Admettre sans autre la théorie minoritaire du bonus reviendrait à vider de sens la protection accordée au travailleur. La question d'un éventuel abus de droit en rapport avec ce report sera cependant examinée ci-dessous (cf. consid. 3.2.5).

Le délai de congé, ayant donc été suspendu le 15 mai 2006, est échu le 1^{er} juillet 2006. Or, le contrat liant les parties prévoyait que les rapports de travail devaient cesser à un terme, soit la fin d'un mois, ce qui n'est pas contesté. C'est donc à raison que le Tribunal a repoussé le délai de congé au 31 juillet 2006.

3.2.4 Le Tribunal a retenu que l'intimée n'avait pas offert ses services avant son courrier du 11 juillet 2006, de sorte que l'appelante, qui a refusé cette offre, ne se trouvait en demeure de lui verser son salaire que depuis le 12 juillet 2006.

L'intimée soutient avoir, dès le 1^{er} juillet 2006, offert ses services. L'appelante de son côté fait valoir qu'en raison de l'absence de ses administrateurs, ce n'est qu'à partir du 17 juillet 2006 qu'elle n'a pris connaissance de l'offre de services,

Le 1^{er} juillet 2006, l'intimée a adressé un courrier à l'appelante dans lequel elle a notamment indiqué que le jour de maladie repoussait le paiement du salaire par l'employeur jusqu'au 31 juillet 2006. Elle n'a cependant pas offert ses services; elle s'est bornée à informer son ex-employeur que la CAISSE DE CHÔMAGE_____ ne l'indemniserait pas pour cette période et qu'il appartenait à l'employeur d'assumer le paiement du salaire. Cette déclaration ne contient pas une offre claire faite à l'employeur de reprendre le travail. Le courrier du 1^{er} juillet 2006 de l'intimée ne fait qu'exposer que celle-ci souhaite que son employeur lui verse encore le salaire afférent au mois de juillet 2006, puisque la CAISSE DE CHÔMAGE_____ s'y est refusée. Il ne mentionne d'aucune manière la volonté de l'intimée de reprendre son activité.

L'intimée fait en outre état d'un appel téléphonique avec l'appelante le 4 juillet 2006, dans lequel elle aurait à nouveau offert ses services. Cette allégation ne peut

toutefois pas être retenue par la Cour dans la mesure où elle est contestée par l'appelante et qu'aucun élément du dossier, hormis les déclarations de l'intimée, n'en fait état. Contrairement à ce que soutient l'intimée, le courrier que l'appelante lui a envoyé le 7 juillet 2006 ne se réfère pas à une éventuelle offre de services mais se borne à relever que l'absence du 15 mai 2006 ne résulterait pas d'une maladie et serait fautive. On ne peut donc pas inférer de ce courrier que l'appelante était au courant que l'intimée avait offert de revenir travailler.

Ce n'est que le 11 juillet 2006 que l'intimée, par le truchement de son syndicat, a offert ses services de manière claire et univoque en écrivant: "[L'intimée] se tient à disposition pour reprendre son poste en juillet". Ce courrier ne mentionne aucunement une offre de service préalable, alors que, si une telle offre avait déjà été effectuée auparavant, l'intervenante n'aurait pas manqué de le signaler.

Enfin, cette déclaration a été adressée à la régie en tant que personne morale et non aux administrateurs de celle-ci. Le fait que ceux-ci se trouvaient en vacances lorsque le pli est entré dans la sphère de puissance de la régie, le 12 juillet 2006, ne saurait ainsi repousser l'offre de services à la date de retour de vacances des administrateurs le 17 juillet 2006.

Partant, c'est à raison que le Tribunal a retenu que l'intimée n'avait offert de revenir travailler que le 11 juillet 2006.

3.2.5 L'intimée ne commet finalement pas d'abus de droit en invoquant la prolongation du délai de congé au 31 juillet 2006. En effet, aucun élément ne permet de considérer qu'elle utiliserait l'institution juridique du délai de congé contrairement à son but. Le délai de congé n'a été repoussé que d'un mois, de sorte qu'il n'existe pas non plus de disproportion manifeste des intérêts en présence. Aucun abus de droit ne peut donc être retenu à l'encontre de l'intimée.

3.3 Le calcul opéré par les premiers juges au sujet du salaire dû pour la période du 12 au 31 juillet 2006 n'est pas contesté en tant que tel par les parties et ne prête pas le flanc à la critique. Il sera donc repris et confirmé. Le salaire brut que l'appelante doit verser à l'intimée s'élève ainsi à 3'798 fr. brut (5'900 fr.: 21.75 x 14).

4. L'appelante conteste que l'intimée n'aurait pas été en mesure de prendre des vacances de manière effective pendant la période du 12 au 31 juillet 2006.

4.1 Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète (art. 329a al. 3 CO). L'article 4 du contrat de travail prévoyait le droit de l'intimée à vingt jours de vacances par année.

A teneur de l'article 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres

avantages. Le Tribunal fédéral considère que l'obligation de fidélité du travailleur libéré de son obligation de prêter lui commande de prendre ses vacances durant le délai de congé. Cependant, lorsque celui-ci est inférieur à deux ou trois mois, l'impossibilité pour le travailleur de bénéficier de ses vacances est présumée (ATF 128 III 271 = JdT 2003 I, p. 606 ; ATF 117 II 270). Une fois le contrat de travail dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour le faire (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre emploi et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèce à la fin des rapports de travail (CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, 2001, pp. 296ss ; WYLER, *op. cit.*, pp. 255 ss; AUBERT, *Code des obligations I, Commentaire romand*, 2003, § 3 ad 329c CO). Dans tous les cas, l'employeur ne saurait contraindre le salarié à reporter ses vacances après l'échéance du contrat (art. 329d al. 2 CO; ATF 106 II 154).

- 4.2** En l'espèce, compte tenu du fait que l'intimée n'a offert ses services que pour une durée de 14 jours au mois de juillet 2006, son droit au vacances se monte à 1 jour (20 : 12 : 21,75 x 14). Il est établi qu'elle n'a pas travaillé pour l'appelante pendant la période du 12 au 31 juillet 2006. On peut admettre que la situation un peu confuse, du point de vue de l'intimée, de sa situation professionnelle et asséculogique ne lui permettait pas de pouvoir s'accorder un jour de véritable repos avant le 11 juillet 2006. Lorsqu'elle a offert ses services ce jour-là, elle devait ensuite se tenir à disposition de son employeur. Celui-ci s'est toutefois formellement opposé à toute prolongation des rapports de travail, notamment dans son courrier du 20 juillet 2006, consécutif à l'offre de service du 11 juillet 2006. Dès le 21 juillet 2006, au plus tôt, l'intimée pouvait donc considérer qu'elle n'avait plus à se tenir à disposition de son ancien employeur. Dès lors qu'elle a déclaré qu'à la mi-juillet 2006 elle avait accepté l'offre de son nouvel employeur de commencer à travailler dès le 1^{er} août 2006, elle n'avait plus de raison non plus de devoir rester disponible pour répondre à un éventuel appel d'un nouvel employeur. Elle pouvait donc, entre le 21 et le 31 juillet 2006, prendre le jour restant de vacances. Contrairement à ce que soutient l'intimée, l'obligation de se présenter régulièrement au contrôle de l'assurance-chômage ne constituait pas un empêchement de s'absenter pendant un jour, l'obligation de se présenter n'étant pas quotidienne.

Le grief de l'appelante est donc bien fondé et le jugement attaqué sera réformé sur ce point. Au vu de ce qui précède, la Cour peut se dispenser d'entendre, comme le demande l'appelante, un représentant du nouvel employeur de l'intimée, dont la déposition ne serait pas de nature à modifier l'appréciation de la Cour sur la possibilité de l'intimée de prendre le jour de vacances afférent à la période du 12 au 31 juillet 2006.

5. Il n'est pas contesté que la CAISSE DE CHÔMAGE_____ est subrogée dans les droits l'intimée. Le Tribunal a retenu que la caisse s'est acquittée de 16 indemnités journalières pour un montant total de 2'698 fr. 90 net. Dès lors que l'intimée n'avait droit au paiement de son salaire que pour 14 jours ouvrables du mois de juillet 2006, l'intervenante n'était subrogée que pour les indemnités versées durant cette période, soit un montant de 2'361 fr. 55 net (2'698 fr. 90 /: 16 x 14). L'intervenante ne critique pas ce calcul, qui paraît au demeurant correct. Il sera ainsi confirmé, étant précisé que, comme le réclame l'intervenante, ce montant porte intérêts à 5% dès le 1^{er} août 2006.
6. L'appelante fait en dernier lieu valoir que les absences répétées et injustifiées de l'intimée lui auraient causé un dommage de 18'148 fr. 50.
- 6.1 A teneur de l'article 321e al. 1^{er} CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. La responsabilité du travailleur suppose notamment la violation d'une obligation contractuelle, à l'exemple d'un comportement ou d'une omission contraire aux devoirs de diligence et de fidélité (art. 321a CO). L'employeur doit tout d'abord prouver la violation, par le travailleur, de ses devoirs et le dommage qui en est résulté, puis l'existence d'un lien de causalité adéquate entre l'inexécution des obligations contractuelles et le dommage subi (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 1.13 ad art. 321e CO). Conformément à la jurisprudence genevoise, qui reprend le principe général de l'art. 97 al. 1 CO, il incombe au travailleur d'établir qu'aucune faute ne lui est imputable (JAR 1990, p. 140).

Il ne faut cependant pas perdre de vue que, dans le cadre du contrat de travail, les partenaires se doivent des égards réciproques. Le travailleur a un intérêt digne de protection à savoir si l'employeur entend mettre en cause sa responsabilité. Aussi le travailleur qui arrive au terme de son contrat peut-il compter que, si l'employeur a des prétentions connues, dans leur quotité ou leur principe, à faire valoir contre lui, il le lui fera connaître avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail. En règle générale, le silence de l'employeur à ce sujet peut être compris par le travailleur comme une renonciation à une telle prétention, exprimée par actes concluants; l'acceptation d'une telle offre par le travailleur se présume (art. 6 CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 1.15 ad art. 321e CO; ATF 110 II 344). Autrement dit, lorsque l'employeur ne formule aucune prétention ni réserve lorsqu'il découvre le dommage, le travailleur peut, de bonne foi, en déduire que l'on a renoncé à toute prétention à son encontre.

- 6.2 En l'espèce, il importe peu de savoir si les incapacités de travail de l'intimée étaient justifiées ou pas. Il n'est pas contesté que l'usage au sein de la régie est de n'exiger un certificat médical qu'à partir du troisième jour d'absence. Selon les décomptes d'absences versés à la procédure par l'appelante, les absences pour "maladie sans certificat" sont toutes inférieures à trois jours. Pour les autres absences, l'intimée a toujours produit un certificat médical. Aucun document ni

témoignage n'indique que l'appelante aurait contesté le bien-fondé de ces certificats médicaux ou mis en doute, pendant les rapports de travail, la réalité des absences pour cause de maladie inférieures à trois jours. Si l'appelante entendait contester les absences de son employée, elle aurait dû réagir lors des différentes absences et, le cas échéant, solliciter de son employée qu'elle se soumette à une visite médicale de son médecin-conseil. Même dans la lettre de licenciement du 27 avril 2006, l'appelante n'a pas fait valoir de prétentions en relation avec les absences, selon elle, injustifiées. L'intimée pouvait donc, de bonne foi, comprendre que la régie n'entendait pas faire valoir contre elle de prétention résultant des rapports de travail et l'appelante doit être déboutée de ce chef de conclusions.

Ce grief est donc mal fondé.

7. La valeur litigieuse, y compris les conclusions reconventionnelles, s'élève à 22'238 fr. 10 (art. 343 al. 2 CO). La présente procédure est donc gratuite (art. 343 al. 3 et art. 76 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

A la forme:

- déclare recevables l'appel interjeté par E_____ SA et l'appel incident formé par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 3 janvier 2007 rendu dans la cause n° C/18273/2006 - 5;
- déclare partiellement recevable l'appel incident interjeté par la CAISSE DE CHÔMAGE_____ contre ce jugement.

Au fond:

- annule ledit jugement en tant qu'il condamne la E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de 4'089 fr. 60;

Statuant à nouveau sur ce point:

- condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de 3'798 fr. (trois mille sept cent nonante-huit francs), plus intérêts moratoires de 5% l'an dès le 1^{er} août 2006, sous déduction du montant net de 2'361 fr. 55;
- confirme le jugement entrepris pour le surplus, en précisant que la somme de 2'361 fr. 55 due à la CAISSE DE CHOMAGE par E_____ SA porte intérêts à 5% dès le 1^{er} août 2006;
- dit que la procédure d'appel est gratuite.

La greffière de juridiction

La présidente